



UOHSX004PG9G

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S611/2012/VZ-2911/2013/514/JNv

Brno 14. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 25. 10. 2012 na návrh ze dne 24. 10. 2012, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Národní památkový ústav, IČ 75032333, Valdštejské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana,

navrhovatel – společnosti

- HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5,
- GEMA ART GROUP a. s., IČ 26437741, Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1,

které dne 14. 5. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 Ing. Martinem Kovaříkem, IČ 14947757, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Kuks – Granátové jablko; Hospital – realizace obnovy“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011081, ve znění oprav provedených dne 30. 3. 2012 pod ev. č. 7202021011081, ve znění oprav provedených dne 18. 5. 2012 pod ev. č. 7202011017182, ve znění oprav provedených dne 28. 5. 2012 pod ev. č. 7202011018446 a v Úředním Evropské unie dne 11. 4. 2012 pod zn. 2012/S 70-116118, ve znění oprav provedených dne 30. 5. 2012 pod zn. 2012/S 101-167617, ve znění oprav provedených dne 7. 6. 2012 pod zn. 2012/S 107-177842, ve znění oprav provedených dne 27. 7. 2012 pod zn. 2012/S 143-238920,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Národní památkový ústav, IČ 75032333, Valdštejnské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když vyloučil uchazeče – společnosti – HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 a GEMA ART GROUP a. s., IČ 26437741, Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1, které dne 14. 5. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky – z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že v nabídce nepředložil pojistné smlouvy, jejichž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě, které by splňovaly ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad stanovený v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace, ačkoliv jmenovaný uchazeč stanovený kvalifikační předpoklad splnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Národní památkový ústav, IČ 75032333, Valdštejnské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší**:

- úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace uchazeče – společností – HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 a GEMA ART GROUP a. s., IČ 26437741, Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1, které dne 14. 5. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky – které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace III ze dne 10. 8. 2012, protokolu o dokončení posouzení kvalifikace ze dne 21. 8. 2012 a protokolu o dokončení posouzení kvalifikace II ze dne 29. 8. 2012,
- úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídky jmenovaného uchazeče, které jsou zaznamenány ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11. 9. 2012,
- rozhodnutí zadavatele o vyloučení jmenovaného uchazeče z účasti v zadávacím řízení ze dne 20. 9. 2012.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Národní památkový ústav, IČ 75032333, Valdštejnské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana – **ukládá uhradit náklady** řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – Národní památkový ústav, IČ 75032333, Valdštejnské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 7202011011081, ve znění oprav provedených dne 30. 3. 2012

pod ev. č. 7202011011081, ve znění oprav provedených dne 18. 5. 2012 pod ev. č. 7202011017182, ve znění oprav provedených dne 28. 5. 2012 pod ev. č. 7202011018446 a v Úředním Evropské unie dne 11. 4. 2012 pod zn. 2012/S 70-116118, ve znění oprav provedených dne 30. 5. 2012 pod zn. 2012/S 101-167617, ve znění oprav provedených dne 7. 6. 2012 pod zn. 2012/S 107-177842, ve znění oprav provedených dne 27. 7. 2012 pod zn. 2012/S 143-238920, oznámení otevřeného nadlimitního řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Kuks – Granátové jablko; Hospital – realizace obnovy“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Podle čl. 2 zadávací dokumentace je předmětem plnění veřejné zakázky soubor čtyř staveb včetně příslušných stavebních objektů.
3. Zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu.
4. V protokolu o otevírání obálek ze dne 18. 6. 2012 je uvedeno, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek 8 nabídek.
5. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11. 9. 2012 vyplývá, že ze zadávacího řízení bylo vyřazeno všech 8 nabídek, z nichž 7 nabídek bylo vyřazeno pro nesplnění kvalifikace, a 1 nabídka byla vyřazena podle § 76 odst. 1 zákona při posouzení nabídek.
6. Zadavatel obdržel dne 3. 10. 2012 námitky uchazeče – společností
 - HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5,
 - GEMA ART GROUP a. s., IČ 26437741, Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1,

které dne 14. 5. 2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 Ing. Martinem Kovaříkem, IČ 14947757, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4 (dále jen „účastníci sdružení“ nebo „navrhovatel“), proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení ze dne 20. 9. 2012 které obdržel dne 21. 9. 2012. Dne 12. 10. 2012 zadavatel námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o nevyhovění námitkám bylo účastníkům sdružení doručeno dne 15. 10. 2012.

7. Vzhledem k tomu, že účastníci sdružení nepovažovali rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podali dne 24. 10. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu byl i návrh na vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona (návrh na uložení pozastavení zadávacího řízení).
8. Úřad obdržel návrh dne 25. 10. 2012 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 24. 10. 2012.

II. Obsah návrhu

9. Navrhovatel uvádí, že rozhodnutí o jeho vyloučení ze dne 20. 9. 2012 i rozhodnutí o námitkách ze dne 12. 10. 2012 jsou založena na nesprávné interpretaci dokladů doložených k prokázání splnění ekonomického a finančního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace k požadavku na prokázání splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a)

zákona uvedl požadavek na rozsah požadovaných informací a dokladů podle § 55 odst. 3 písm. a) zákona: „Dodavatel předloží pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.“ Způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 3 písm. b) zákona stanovil zadavatel následovně: „Dodavatel prokáže splnění tohoto kvalifikačního předpokladu předložením kopie pojistné smlouvy nebo pojistného certifikátu.“ Zadavatel dále vymezil minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu odpovídající druhu, rozsahu složitosti předmětu plnění veřejné zakázky podle § 55 odst. 3 písm. c) zákona takto: „Dodavatel splňuje tento kvalifikační předpoklad, pokud má uzavřeno pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši min. 300 mil. Kč se spoluúčastí dodavatele ve výši max. 100 tis. Kč.“

10. Ke splnění předmětného kvalifikačního předpokladu navrhovatel předložil dvě pojistné smlouvy, které představují dvě vrstvy pojištění odpovědnosti navrhovatele za škodu, a to:
- Pojistnou smlouvu č. 2937199194 uzavřenou s účinností od 1. 1. 2012 s pojistitelem Generali Pojišťovna a. s., IČ 61859869, Bělehradská 132, 120 84 Praha 2 a pojistitelem Česká pojišťovna a. s., IČ 45272956, Spálená 75/16, 113 04 Praha 1, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu ve výši 108 mil. Kč (cca 4 mil. EUR) se spoluúčastí ve výši 100 tis. Kč (dále jen „pojistná smlouva č. 1“). Tato pojistná smlouva, která tvoří první vrstvu pojištění, prokazuje splnění zadavatelem požadovanou výši spoluúčasti.
 - Pojistnou smlouvu č. 400023380 (dodatek č. 5 – úplné znění smlouvy s účinností od 1. 1. 2012) uzavřenou s pojistitelem Allianz pojišťovna, a. s., IČ 46678468, Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „Allianz pojišťovna, a. s.“), jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu ve výši 25 mil. EUR (cca 625 mil. Kč) se spoluúčastí 4 mil. EUR (dále jen „pojistná smlouva č. 2“). Tato pojistná smlouva, která představuje druhou vrstvu pojištění, kryje škody přesahující rámec pojistné smlouvy č. 1, a prokazuje tak zadavatelem požadované pojištění odpovědnosti za škody ve výši minimálně 300 mil. Kč.
11. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že s ohledem na skutečnost, že žádná z výše uvedených pojistných smluv nespĺňuje příslušný požadavek uvedený v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace samostatně, zvažoval provázanost a praktické fungování dvou výše uvedených pojistných smluv vedle sebe. Podle zadavatele není v pojistných smlouvách žádné ustanovení, jež by osvětlovalo jejich vzájemnou provázanost. Z předmětných pojistných smluv nelze dovodit závazek pojistitelů krýt případnou škodu přesahující částku 108 mil. Kč, aniž by spoluúčast navrhovatele nepřesáhla částku 100 tis. Kč. Naopak z předložených pojistných smluv vyplývá nezbytnost úhrady spoluúčasti ve výši 4 mil. EUR, bude-li nutné, vzhledem k výši škody, čerpat z pojistné smlouvy č. 2. Zadavatel odmítá prohlášení pojistitelů o mechanismu úhrady pojistného plnění na základě pojistných smluv, jež navrhovatel doložil, neboť z předložených pojistných smluv takový závazek nelze dovodit a prohlášení pojistitelů je tak pouhou deklarací, učiněnou však jako jednostranný právní úkon. Zadavatel kromě toho považuje za zcela zásadní tu skutečnost, že prohlášení pojistitelů je nezávazným úkonem datovaným ke dni 27. 9. 2012, tj. po uplynutí lhůty pro podání nabídek a nelze k němu tedy přihlížet. Podle zadavatele tak navrhovatel neprokázal, že disponuje pojistnou smlouvou (pojistnými smlouvami) zajišťující pojistné krytí ve výši minimálně 300 mil. Kč s maximální

spoluúčastí 100 tis. Kč a další doklady, které by zadavatel mohl považovat za relevantní, předloženy nebyly.

12. Navrhovatel uvádí, že z předložených pojistných smluv jednoznačně vyplývá splnění zadávací podmínky uvedené v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace. V případě škody nepřesahující částku 108 mil. Kč dochází k plnění z pojistné smlouvy č. 1, přičemž výše plnění je snížena o spoluúčast navrhovatele jako pojištěného, a to ve výši 100 tis. Kč. Přesáhne-li škoda částku 108 mil. Kč, je pojistné plnění až do výše 25 mil. EUR hrazeno následovně. Z pojistné smlouvy č. 1 je vyplaceno plnění ve výši 108 mil. Kč, od něž je odečtena spoluúčast ve výši 100 tis. Kč. Zároveň je z pojistné smlouvy č. 2 vyplaceno pojistné plnění přesahující částku 108 mil. Kč, od něhož již není žádná další spoluúčast odečítána. Celkové pojistné plnění tedy kryje škody až do výše 25 mil. EUR, a spoluúčast navrhovatele jakožto pojištěného, která je od celkového pojistného plnění odečtena, činí 100 tis. Kč. Obě pojistné smlouvy jsou platné a účinné, přičemž žádná z nich neobsahuje žádné ustanovení, jež by vylučovalo jejich funkčnost z důvodu existence smlouvy druhé. To, že jedna smlouva navazuje na druhou, jednoznačně vyplývá z jejich předmětu a z toho, jak jsou nastaveny limity pojistného krytí.
13. Podle zadavatele z pojistných smluv vyplývá povinnost navrhovatele uhradit spoluúčast 4 mil. EUR v případě plnění z pojistné smlouvy č. 2, v čemž spatřuje nesplnění zadávacích podmínek. Částka 4 mil. EUR uvedená v pojistné smlouvě č. 2 jako spoluúčast však nezakládá žádnou povinnost navrhovatele cokoli hradit. Zmíněná částka zohledňuje pouze skutečnost, že pojistná smlouva č. 2 se nevztahuje na škody do výše 108 mil. Kč (4 mil. EUR). To je zcela zřejmé, neboť takové škody jsou již předmětem pojistné smlouvy č. 1. Pojistná smlouva č. 2 kryje nadměrek škody přesahující 108 mil. Kč.
14. Za nepochopitelné považuje navrhovatel odmítnutí společného vysvětlení principu mechanismu úhrady pojistného plnění ze dne 27. 9. 2012 potvrzené všemi zainteresovanými pojistiteli jako nezávazného jednostranného právního úkonu, datovaného po lhůtě pro podání nabídek. Výše uvedené vysvětlení, jež navrhovatel doložil k námitkám, se dotyční pojistitelé k ničemu nezavazují. Jde pouze o vysvětlení skutečností, jež jsou zřejmé z předložených pojistných smluv.
15. Navrhovatel tedy uzavírá, že jím předložené pojistné smlouvy naplňují zadávací podmínku uvedenou v čl. 4. 1. kvalifikační dokumentace. S ohledem na výše uvedené žádá navrhovatel Úřad, aby zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení ze dne 20. 9. 2012 a všechny následující úkony zadavatele, které v zadávacím řízení učinil.

III. Vyjádření zadavatele ze dne 31. 10. 2012

16. Zadavatel trvá na závěru, že mu navrhovatelem nebyly předloženy dokumenty prokazující, že disponuje pojistnou smlouvou (pojistnými smlouvami) zajišťující pojistné krytí ve výši minimálně 300 mil. Kč s maximální spoluúčastí 100 tis. Kč a další dokumenty, které by zadavatel mohl považovat za relevantní, a proto nelze než považovat předmětný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad uvedený v čl. 4. 1. kvalifikační dokumentace za nesplněný. Z předložených pojistných smluv je nutné správným výkladem dojít spíše k opaku, tedy k tomu, že z předložených pojistných smluv vyplývá nezbytnost úhrady spoluúčasti ve výši 4 mil. EUR, bude-li nutné, vzhledem k výši škody, čerpat pojistné plnění z pojistné smlouvy č. 2.

17. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 20. 9. 2012 je odůvodněno nikoli pouze tou skutečností, že v ujednání pojistných smluv nelze nalézt žádný text, který by výslovně zmiňoval jejich provázanost, jak uvádí navrhovatel, avšak faktem, že takovou provázanost nelze dovodit z právních předpisů či jiných dokladů disponujících dostatečnou mírou závaznosti.
18. Předložil-li navrhovatel ve své nabídce dvě pojistné smlouvy, které sami o sobě, ani společně nejsou bez dalšího schopny prokázat splnění předmětného ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu, nelze očekávat, že bude možné považovat zadávací podmínku stanovenou v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace za prokázanou. Hodnotící komise nemá možnost dovozovat z dokumentů předložených v nabídce skutečnosti z nich či právních předpisů nevyplývající. Zadavatel naopak prokázal nejvyšší možnou míru snahy o objasnění uvedeného problému, když dal navrhovateli možnost objasnění předmětného kvalifikačního předpokladu. Navrhovatelem však nebyly předloženy žádné další doklady, jež by mohly být schopny výklad hodnotící komise zvrátit, tj. dokumenty disponující dostatečnou mírou závaznosti a prokazující splnění požadavků zadavatele tak, jak byly vyjádřeny v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace. Za takový doklad nelze považovat společné tvrzení všech zainteresovaných pojistitelů jako nezávazného jednostranného právního úkonu, datovaného po lhůtě pro podání nabídek, neboť jak navrhovatel sám tvrdí, potvrzením, resp. vysvětlením se dotyční pojistitelé k ničemu nezavazují. Měl-li tento doklad potvrdit již existující závazek, měl navrhovatel předložit rovněž doklad, v němž je tento závazek již vyjádřen, či ze kterého vyplývá.
19. Případné tvrzení, že pojistné krytí z pojistné smlouvy č. 1 je schopno pokrýt nutnou spoluúcast sjednanou v pojistné smlouvě č. 2 popírá zcela zásadní fakt, že pojistné smlouvy jsou uzavřeny v rozdílných měnách. Vzhledem k pohyblivosti výše kurzu nemusí částka přesahující pojistné krytí z pojistné smlouvy č. 1 vždy dosáhnout částky 4 mil. EUR, tedy výši spoluúčasti v pojistné smlouvě č. 2. Rozdílné měny, ve kterých jsou uzavřeny pojistné smlouvy tak svědčí o důvodné pochybnosti o provázanosti předložených pojistných smluv. Závěrem zadavatel žádá Úřad, aby návrh navrhovatele zamítl v celém rozsahu.

IV. Řízení před správním orgánem

20. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S611/2012/VZ-20968/2012/514/JNv ze dne 9. 11. 2012. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S611/2012/VZ-20973/2012/514/JNv ze dne 9. 11. 2012 určil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
22. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S611/2012/VZ-22182/2012/514/JNv ze dne 23. 11. 2012 uložil Úřad zadavateli pozastavení zadávacího řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno, neboť získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to zejména, zda zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele

pro nesplnění požadavků stanovených v kvalifikační dokumentaci na předložení pojistné smlouvy v souladu se zákonem.

23. Zadavatel se opětovně vyjádřil přípisem ze dne 19. 11. 2012, kde uvádí, že vzhledem ke skutečnostem uvedeným ve svém vyjádření k návrhu byl jeho postup v předmětném zadávacím řízení v souladu se zákonem.
24. Pokud by tedy vznikla pojistná událost, resp. škoda ve výši 300 mil. Kč, což je minimální hranice požadovaného pojistného krytí uvedeného v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace, byl by princip úhrady pojistného plnění takový, jak uvádí makléřská společnost ve svém vyjádření ze dne 26. 7. 2012 uvedeném v bodě 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro ověření této skutečnosti Úřad zaslal pojistiteli Allianz pojišťovna, a. s. jako pojistiteli u pojistné smlouvy č. 2, žádost o poskytnutí informace ze dne 6. 12. 2012, kde žádal o objasnění mechanismu úhrady pojistného plnění za existence dvou na sobě nezávislých pojistných smluv za podmínky uvedené v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace.
25. Dne 13. 12. 2012 obdržel Úřad od pojistitele Allianz pojišťovna, a. s., vyjádření ze dne 7. 12. 2012, kde tento pojistitel uvádí, že pojistná smlouva č. 2 je pojištěním tzv. škodního nadměru. V případě pojistné události likvidní s pojistné smlouvy č. 2 by pojistitel uhradil pojistné plnění přesahující částku 4 mil. EUR, tj. od spodní hranice pojistného plnění při aktuálním kurzu CZK/EUR. Maximální vyplacená částka by činila 21 mil. EUR, např. tedy při pojistné události ve výši škody 300 mil. Kč a při směnném kurzu 25 CZK/EUR by byla pojistitelem uhrazena částka ve výši 200 mil. Kč. Pojistitel dále uvádí, že není kompetentní se vyjadřovat k obsahu pojistné smlouvy č. 1, neboť je uzavřena s jiným pojistitelem, avšak obecně lze konstatovat, že pokud uchazeč předložil tuto pojistnou smlouvu, pak se jedná o tzv. „první vrstvu“, přičemž obě vrstvy se na sobě chovají nezávisle. Pojistná událost, která svou výší nepřesahuje 4 mil. EUR, by tak byla kryta z pojistné smlouvy č. 1.

V. Závěry Úřadu

26. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že v nabídce nepředložil pojistné smlouvy, jejichž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě, které by splňovaly ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad stanovený v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace, ačkoliv navrhovatel stanovený kvalifikační předpoklad splnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

VI. Relevantní ustanovení zákona

27. Podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele může veřejný zadavatel požadovat předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.

28. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.

VII. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

29. V čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace k požadavku na prokázání splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona je uvedeno, že „Dodavatel předloží pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.“ Způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 3 písm. b) zákona stanovil zadavatel takto: „Dodavatel prokáže splnění tohoto kvalifikačního předpokladu předložením kopie pojistné smlouvy nebo pojistného certifikátu.“ Vymezení minimální úrovně tohoto kvalifikačního předpokladu odpovídající druhu, rozsahu složitosti předmětu plnění veřejné zakázky podle § 55 odst. 3 písm. c) zákona zadavatel vymežil následovně: „Dodavatel splňuje tento kvalifikační předpoklad, pokud má uzavřeno pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši min. 300 mil. Kč se spoluúčastí dodavatele ve výši max. 100 tis. Kč.“
30. V nabídce navrhovatele je obsažena pojistná smlouva č. 1 (viz bod 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí) o škodovém pojištění odpovědnosti za škodu z provozní činnosti. Celkový limit pojistného plnění je stanoven ve výši 108 000 000 Kč se spoluúčastí ve výši 100 000 Kč s dobou trvání pojištění od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2012.
31. V nabídce navrhovatele je obsažena pojistná smlouva č. 2 (viz bod 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí) o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozní činností a vadou výrobku. Pojistná smlouva č. 400023380 ve znění tohoto dodatku č. 5 ze dne 30. 12. 2011 je jejím úplným zněním s účinností od 1. 1. 2012. Celkový limit pojistného plnění je stanoven ve výši 25 000 000 EUR se spoluúčastí ve výši 4 000 000 EUR s dobou trvání pojištění od 1. 1. 2012 do 1. 1. 2013.
32. Navrhovatel k námitkám ze dne 2. 10. 2012 přiložil „potvrzení o pojištění odpovědnosti za škodu“ ze dne 27. 9. 2012 k předmětným pojistným smlouvám, kde všichni pojistitelé uvádí následující: „Allianz, Generali a Česká pojišťovna společně prohlašují, že se výše uvedené pojistné smlouvy vzájemně neomezují, a že pojistné plnění z pojištěných pojistných událostí ve výši až 25 000 000 EUR je hrazeno následovně: v pojistné smlouvy č. 2937199194 je vyplaceno plnění ve výši 108 000 000 Kč, od kterého je odečtena spoluúčast ve výši maximálně 100 000 Kč a z pojistné smlouvy je vyplaceno pojistné plnění přesahující částku 108 000 000 (cca 4 000 000 EUR) od které již není žádná další spoluúčast odečítána. Celkové pojistné plnění u pojištěných škod tedy kryje škody až do výše 25 000 000 EUR a spoluúčast, která je od celkového plnění odečtena činí maximálně 100 000 Kč.“

VIII. Ke splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu uvedeného v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace

33. Jak vyplývá z rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 20. 9. 2012, zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu uvedeného v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace, neboť podle zadavatele pojistná smlouva č. 1 a pojistná smlouva č. 2 nesplňují výše uvedený

kvalifikační předpoklad z následujícího důvodu. Z předložených pojistných smluv podle zadavatele sice vyplývá pojistné krytí přesahující částku 108 mil. Kč, ovšem za předpokladu úhrady spoluúčasti ve výši 4 mil. EUR, čímž by nebylo dosaženo primárního účelu, tj. požadavku na maximální výši spoluúčasti 100 tis. Kč z důvodu minimalizace rizika, že nedojde k pojistnému plnění, neboť navrhovatel by nebyl schopen uhradit sjednanou spoluúčast. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že v textu obou pojistných smluv nelze nalézt žádné ujednání, které by výslovně zmiňovalo jejich provázanost a nelze tuto skutečnost dovést ani z jiných právních předpisů či jiných dokladů disponujících dostatečnou mírou závaznosti.

34. Úřad uvádí, že k objasnění principu fungování dvou na sobě nezávislých pojistných smluv, resp. mechanismu úhrady pojistného plnění byl navrhovatel vyzván podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona v rámci posouzení jeho kvalifikace nedatovanou žádostí o objasnění předložených informací či dokladů předložených k prokázání kvalifikace či předložení dalších dodatečných informací či dokladů k prokázání splnění kvalifikace (dále jen „žádost“). Dne 2. 8. 2012 obdržel zadavatel požadované vysvětlení k předloženým pojistným smlouvám, resp. vyjádření ze dne 26. 7. 2012 (dále jen „vysvětlení“) od makléřské společnosti EXPERTING, spol. s r. o., IČ 49358481, Antala Staška 34, 140 00 Praha 4 (dále jen „makléřská společnost“), která pro navrhovatele zajišťuje přípravu a správu pojistných smluv. V předmětném vysvětlení makléřská společnost uvádí následující: „Případná pojistná událost ve výši 300 000 000,- Kč, což představuje minimální požadovanou výši, by byla řešena takto: z první vrstvy by bylo vyplaceno plnění 108 000 000,- Kč, od kterého by byla odečtena spoluúčast ve výši 100 000 Kč v případě škody na věci a v případě škody na životě nebo zdraví by spoluúčast nebyla odečtena žádná. Z druhé pojistné smlouvy by byla vyplacena částka přesahující 108 000 000 Kč do 300 000 000 Kč. Celkové vyplacené plnění by tedy činilo 300 000 000,- Kč a byla by odečtena spoluúčast ve výši maximálně 100 000 Kč. Na základě výše uvedeného vysvětlení potvrzujeme, že výše uvedené pojistné smlouvy společně splňují požadavek zadavatele a § 55 odst. 1 písm. a) zákona – pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě ve výši minimálně 300 mil. Kč se spoluúčastí max. 100 tis. Kč.“ Toto vysvětlení zadavatel neakceptoval.
35. Úřad uvádí, že při posuzování splnění zadávací podmínky a z obsahu pojistné smlouvy č. 1 vyplývá, že v případě pojistné události nepřesahující 108 mil. Kč by nastalo pojistné plnění z této smlouvy ve výši 108 mil. Kč, od které by byla odečtena částka sjednané spoluúčasti ve výši 100 tis. Kč, tj. celkem by bylo vyplaceno pojistitelem 107 900 tis. Kč. Tato skutečnost předmětem sporu není. Avšak v případě pojistné události vyšší jak 4 mil. EUR až do 25 mil. EUR by došlo k pojistnému plnění i z pojistné smlouvy č. 2 a to tak, že od horní hranice pojistného plnění tj. 25 mil. EUR, resp. od horní hranice stanovené výše škody by byla odečtena částka rovnající se výši sjednané spoluúčasti, tj. 4 mil. EUR. Celkem by tedy bylo vyplaceno pojistitelem za předpokladu výše škody 25 mil. EUR pojistné plnění ve výši 21 mil. EUR přepočtených aktuálním kurzem na CZK (v případě směnného kurzu 1 CZK/25 EUR by tak bylo vyplaceno 525 mil. Kč). Jak je uvedeno v bodě 33 odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel namítá, že pokud by došlo k pojistnému plnění z pojistné smlouvy č. 2, navrhovatel by měl povinnost uhradit sjednanou spoluúčast ve výši 4 mil. EUR, čímž by nebylo dosaženo primárního účelu, tj. požadavku na maximální výši spoluúčasti 100 tis. Kč z důvodu minimalizace rizika, že nedojde k pojistnému plnění z důvodu, že uchazeč není schopen uhradit sjednanou spoluúčast.

36. V čl. 11 „Spoluúčast“ všeobecných pojistných podmínek pojistné smlouvy č. 2 je uvedeno, že „Ve smlouvě lze dohodnout spoluúčast. Spoluúčastí se rozumí částka, kterou se pojištěný podílí na plnění pojistné události a kterou pojistitel odečte od přiznaného pojistného plnění. Škody, jejichž výše nepřesahuje sjednanou výši spoluúčasti, pojistitel za pojištěného nehradí.“ Podle Úřadu nelze toto ujednání chápat ve smyslu, že pojištěný má povinnost hradit komukoliv částku do výše sjednané spoluúčasti. Podíl spoluúčasti znamená, že pojistné události, resp. škody do výše spoluúčasti nebude pojistitel kryt. Výše spoluúčasti tak ve skutečnosti vymezuje pouze spodní hranici, od které nastává pojistné plnění. Pojistné události, resp. škody do výše spoluúčasti pojištěného tedy nejsou pojistitelem kryty, neboť nedosahují spodního limitu, od kterého nastává pojistné plnění. Zadavatel podmínkou v čl. 4. 1. kvalifikační dokumentace na maximální výši spoluúčasti ve výši 100 tis. Kč de facto připustil, že pokud nastane pojistná událost, dostane od pojistitele vyplacenou částku sníženou o výši této spoluúčasti.
37. Úřad tak konstatuje, že navrhovatel splnil ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad uvedený v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace, neboť skutečnosti, resp. princip fungování dvou na sobě nezávislých pojistných smluv uvedený pojistitelem Allianz pojišťovna, a. s, de facto potvrzuje skutečnosti již obsažené ve vysvětlení makléřské společnosti, v potvrzení o pojištění odpovědnosti za škodu ze dne 27. 9. 2012 a rovněž je souladný se skutečnostmi obsaženými v návrhu. Výše spoluúčasti v pojistné smlouvě č. 2 tak pouze vymezuje spodní hranici, od které nastává pojistné plnění. Sjednaná výše spoluúčasti tak nezakládá navrhovateli povinnost úhrady případné škody ve výši spoluúčasti, pouze znamená, že škoda v rozsahu spoluúčasti nebude pojistitelem hrazena. Zadavatel tak nesprávně posoudil splnění prokázání kvalifikace a vyloučil navrhovatele v rozporu s ustanovením § 60 odst. 1 zákona.
38. K argumentu zadavatele, že vzhledem k pohyblivosti výše kurzu nemusí částka přesahující pojistné krytí z pojistné smlouvy č. 1 vždy dosáhnout částky 4 mil. EUR, tedy výši spoluúčasti v pojistné smlouvě č. 2, Úřad uvádí následující. Obě pojistné smlouvy jsou uzavřeny na kalendářní rok 2012. V prognóze kurzu CZK/EUR uveřejněném na webovém sídle České národní banky je uvedeno, že kurz je v roce 2012 prognózován v poměru 25, 1 CZK/EUR, tj. $4\,000\,000\text{ EUR} \times 25, 1 = 100\,400\,000\text{ CZK}$. Z uvedeného výpočtu vyplývá, že po přepočtu kurzu z EUR na CZK v roce 2012 bude pojistné krytí z pojistné smlouvy č. 1 dosahovat výši spoluúčasti, resp. spodní hranice od které začíná pojistné plnění z pojistné smlouvy č. 2. K argumentu zadavatele, že v pojistné smlouvě č. 2 jsou pojistné limity uvedeny v EUR, Úřad uvádí, že v čl. 10 odst. 6 „Pojistná částka, pojistné plnění a jeho splatnost“ všeobecných pojistných podmínek pojistné smlouvy č. 2 je uvedeno, že „Pojistné plnění se poskytuje v tuzemské měně.“
39. K argumentu zadavatele, že potvrzení o pojištění odpovědnosti za škodu ze dne 27. 9. 2012 (viz bod 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí), které zadavatel rovněž neakceptoval, je datováno po lhůtě po podání nabídek Úřad uvádí, že výše uvedené potvrzení pouze objasňuje princip úhrady pojistného plnění, tak jako vysvětlení makléřské společnosti (viz bod 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a rovněž vyjádření pojistitele Allianz pojišťovna, a. s. ze dne 7. 12. 2012 (viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tj. objektivní skutečnosti vzniklé ve lhůtě pro podání nabídek.
40. Vzhledem k tomu, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v předmětném zadávacím řízení bylo vyloučeno všech 8 uchazečů (viz bod 5

odůvodnění tohoto rozhodnutí) a navrhovatel kvalifikační předpoklad uvedený v čl. 4. 1 kvalifikační dokumentace splnil a nelze tak vyloučit, že nabídka navrhovatele by mohla být pro procesu posouzení a hodnocení nabídek vybrána jako nejvhodnější, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

IX. Uložení nápravného opatření

41. Úřad je při rozhodování podle § 118 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, Úřad musel zrušit úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem, které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace III ze dne 10. 8. 2012, protokolu o dokončení posouzení kvalifikace ze dne 21. 8. 2012 a protokolu o dokončení posouzení kvalifikace II ze dne 29. 8. 2012, dále úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídky navrhovatele, které jsou zaznamenány ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11. 9. 2012 a rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze dne 20. 9. 2012 a vrátil tak celé zadávací řízení do stavu před posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele.
42. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

NÁKLADY ŘÍZENÍ

43. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
44. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byly zrušeny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem, posouzením a hodnocením jeho nabídky a rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, a zadávací řízení bylo vráceno do stavu před posouzením prokázání kvalifikace navrhovatelem, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol – 2012000611.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Národní památkový ústav, Valdštejnské nám. 3, 118 01 Praha 1 – Malá Strana
2. Ing. Martin Kovařík, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy